

A ATUAÇÃO DO STJ EM FACE DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

LUIS FUX

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Até por um vezo didático, porque a minha formação é judicial e acadêmica – são os dois sacerdócios e apostolados que eu escolhi para dedicar a minha vida –, eu sempre tive a estratégia de concitar os alunos à atenção do tema, porquanto eu iniciava com aquela garotada do 5º período (que hoje entra na faculdade acho que com 14 anos de idade – saem do programa da Xuxa direto para os bancos da faculdade, e se formam com 17, 20 anos: eu já tive aluno formado com 17 anos e que depois fez concurso para a magistratura com 21 anos; há até quem critique isso, porque a cultura jurídica não dá cultura existencial, mas basta que nós tenhamos uma leitura interdisciplinar). E nessa minha estratégia, que é muito difícil pois implica chamar a atenção de crianças para *assuntos sérios – os diálogos têm que ser monossilábicos*, e as aulas de direitos são bem densas –, eu sempre contava alguma coisa para chamar atenção de qual era o assunto.

Eu me recordo perfeitamente que, perto de onde eu morava em Copacabana, na rua Siqueira Campos, havia um rapaz que se desiludira com um grande amor. E, infelizmente, esse rapaz, riquíssimo, se tornou um rapaz drogado, deixado à deriva dos vícios. Mas como ele, na sua vida, sã experimentara bons prazeres, eu uma vez me deparei com ele na esquina da Siqueira Campos tomando no gargalo da garrafa um Royal Salut (que é um uísque caríssimo, um uísque vintenário). Eu não me espantei porque sabia da sua origem, mas fiquei imaginando: um particular qualquer que passe pela rua e veja um mendigo tomando um Royal Salut, estranha. Será que esse homem pagou o imposto correspondente ao valor desse uísque? E essa indagação traz uma

primeira perplexidade: realmente ele é pobre, mas estava tomando um Royal Salut.

Os senhores conhecem, que é um personagem conhecido, Joãozinho Trinta, quando fazia aqueles desfiles de carnaval da Beija-Flor, procurava que a escola desfilasse com a maior riqueza do mundo, porque ele tinha uma axioma: pobre gosta de luxo, e rico às vezes gosta de simplicidade. Quer dizer, tem pobre que adora a idéia de comer caviar, e rico que não abre mão de um arroz com feijão; agora, se o pobre vai comer caviar, o que é que nós vamos levar em consideração, o caviar que ele come ou que ele é pobre? E aí os alunos sempre ficam curiosos. Imagina, quem pagou por esse caviar? Se ele está comendo caviar, ele tem que ter pagado o imposto correspondente. E o exemplo que eu fui buscar alhures foi da Corte italiana, que impunha um imposto de renda mais exacerbado para os homens solteiros – embora aí eu ache que seja um caráter de extrafiscalidade, que é o induzimento ao casamento, tanto quanto eu conheço, diminutamente, o Direito Tributário. Alguns homens eram muito onerados porque há deles que se casam várias e várias vezes (Pontes de Miranda dizia: o segundo casamento é a vitória da esperança sobre a experiência). Mas continua-se, entre nós, com essa prática normal, porque no Brasil não há alíquota progressiva correspondente ao número de casamentos.

Como já podemos perceber, nós vamos ter que distinguir aqui essa capacidade contributiva, porque o nome induz a uma aptidão para pagar de tudo. Nós precisamos saber se tem que ser rico o sujeito, ou se ele paga de acordo com o que ele consome. E aí já começamos a nos encaminhar para essa questão da capacidade contributiva. Tudo quanto vou lhes falar é tudo quanto se extrai dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça. Eu trouxe alguns, e justifico porque trouxe apenas alguns: a capacidade contributiva é um princípio, não obstante constar na Constituição Federal como regra também – como regra que se dizia programática, embora hoje nós saibamos que se viva num Estado

principiológico, e que a Constituição tem seus princípios fundantes e seus sub-princípios. O que ocorre no STJ, e que muito me desagrada? – pois eu entendo que o STF deveria se adstringir à função de uma corte constitucional. O que ocorre (e aí já vai uma informação de caráter técnico): como é um princípio constitucional, uma regra constitucional, o STJ tem um verbete sumular que diz que, quando o acórdão se sustenta em fundamento constitucional, não se conhece de recurso especial, porque isso representaria invasão da área de competência do STF.

Mas nós também temos o direito de tirar, eventualmente, uma "casquinha" dessas questões interessantes: nós não conhecemos, mas *obter dictum*, como quem não quer nada, vamos ao assunto para poder aperfeiçoá-lo, e o advogado, com *dolos bonus*, pega aquele *obter dictum* e diz que o relator foi no mérito, e oferece recurso especial, agravo regimental, embargos de declaração, Resp, e esgota os tribunais. (Aliás, coisa que eu acho que não tem nada demais; o problema é do legislador. Eu acho que o advogado faz o seu papel).

Essas idéias que eu vou transmitir são idéias que convivem no seio do Superior Tribunal de Justiça, porque o STJ, em grande parte, é composto de juízes federais de carreira, e quando não, de desembargadores federais que vieram pelo quinto, de sorte que nesses tribunais eles estão habituados ao trato da matéria tributária, como foram no exercício da primeira instância. Susto mesmo quem tomou fui eu, quando fui designado para sessão de direito público, mas a responsabilidade fez-me preparar para o cumprimento das minhas funções. Assim, tanto quanto essas idéias convivem no STJ, a relação tributária é uma relação de soberania, mas, essencialmente, é uma relação jurídica. Ela não é uma relação jurídica *strito sensu*, com aquele equilíbrio, com aquele sinalagma das relações em geral, porque se trata do poder tributante, mas, de toda sorte, ela, pelo menos nos seus elementos de constituição, apresenta todos eles: sujeito ativo da relação jurídico-tributária, que é o Estado, o poder tributante; sujeito passivo, que

é o contribuinte, às vezes *de jure*, ou de fato, em razão da divisão daquela famosa questão, que se aplica também à obrigação tributária, do débito da responsabilidade, *Schuldhaftung*, as duas expressões alemãs que nós aprendemos na faculdade; e, finalmente, o objeto da prestação, que pode ser positiva ou negativa.

Rubens Gomes de Souza dizia que essa relação jurídica que se forma exige que cada elemento seu, à semelhança das relações gerais, devem ter seus requisitos de validade. Então, num paralelismo com as relações jurídicas em geral, sujeito capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei. Isso é que nós aprendemos no primeiro ano da faculdade. Relação jurídica tributária: à capacidade tributária do sujeito passivo corresponde a competência tributária do sujeito ativo, que é o Estado, poder tributante. E é a Constituição Federal que diz quem é que pode cobrar o que, com suas limitações, e essa questão fica esclarecida, e se for desobedecida haverá, evidentemente, uma inconstitucionalidade.

Com relação ao sujeito passivo, a questão da capacidade se subdivide em capacidade tributária – completamente diferente da capacidade do Direito Civil, porque se um menor tiver um patrimônio maravilhoso, mesmo o menor vai pagar tributo; se uma sociedade for irregular, vai pagar tributo do mesmo modo, porque, na realidade, a grande função tributária tem como pressuposto a realidade econômica. Tanto que a atividade pode ser até lícita, ela vai ser tributada. Esse paradigma não se aplica à relação jurídica tributária, e o sujeito passivo, além da capacidade tributária, que é muito flexibilizada, na forma do art. 126 do CTN, ele tem que ter capacidade contributiva. Este, no meu modo de ver, é o núcleo central do Direito Tributário, a capacidade contributiva, que é o poder de contribuir, é a disponibilidade de riquezas para participar dessa solidariedade social que é a arrecadação de fundos públicos necessários para a satisfação das necessidades seletivas.

Evidentemente, quem tem mais tem que ter mais solidariedade, muito embora este não seja o espírito que conviva nas pessoas, que não têm essa percepção, infelizmente – mas o Brasil mudou e eu acho que não vai voltar atrás. Eu sei que os advogados fazem força para demonstrar o contrário – aliás, são absolutamente fantásticos neste sentido, altamente criativos –, mas quem tem mais tem que ter mais solidariedade, quem tem mais tem que pagar mais. No fundo, as citações da doutrina alienígena pelo professor Rubens Gomes de Souza indiciam realmente isso, que a capacidade econômica ou ela é aferida pessoalmente, ou ela é inferida da lei, porquanto o legislador, através de um critério discricionário, mas sindicável pelo poder judiciário através dos princípios que permeiam o Direito Tributário, e que são princípios constitucionais em geral – razoabilidade, isonomia, dignidade etc. – essa capacidade contributiva pode levar em consideração não só a pessoa, mas também a disponibilidade de riqueza, para que o Estado possa dela se apropriar e satisfazer as necessidades coletivas.

Eu acho que nada mais justo. Esse é um instituto que pertence à justiça tributária, é um instituto que permite não só o legislador, porquanto a norma constitucional é uma norma in procedendo para o legislador, como também para o contribuinte fundamentar essa exigência que se faz. Então, a capacidade contributiva é, ao mesmo tempo, fundamento do poder de tributar e limitação a esse mesmo poder de tributar, quer dizer: eu fundamento o poder de tributar na capacidade contributiva e eu limito o poder de tributar à luz da capacidade contributiva.

Eu não tenho o hábito de ler nada, mas o artigo eu tenho que ler, porque ele marca o que quer dizer essa capacidade contributiva. Diz a lei: "sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte". Eu acho que a primeira parte é a mais importante; a outra diz: "facultado à administração verificar se há riqueza." Neste particular, como a

Constituição trouxe tutelas e garantias relativas ao patrimônio, aos sigilos, à intimidade etc, este "facultado à administração investigar" era para sinalizar os comedimentos e os balizamentos constitucionais (que, aqui entre nós, todo dia surge cada lei... de modo que eu acho que não se pode mais nem cantar no chuveiro, pois deve ter alguma coisa perto do chuveiro que vai gravar a sua voz, e de duas uma: ou você vai para o cadafalso, ou vai ser contratado por uma grande gravadora. Essa constituição libertária há de vir, porque ela só seduz enquanto letra morta no papel, e o papel aceita tudo, então vivemos sobre essa égide.

Mas mais importante para nós aqui é que "sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte". O Brasil hoje vive o que Norberto Bobbio chamava de Estado principiológico, um Estado composto de normas qualificadas a partir das quais as demais normas e os subprincípios adquirem a sua legitimidade. Por isso que sempre que eu tenho oportunidade de falar com colegas, principalmente colegas de carreira, eu costumo dizer que hoje é absolutamente impossível – e a escolástica antiga ela pecou por essa falta de metodologia – fazer aplicação do direito sem passar pelos princípios constitucionais, que, como o próprio nome está dizendo, são o início de tudo, pois são os princípios que vão informar as regras jurídicas. E o princípio informa não só o aplicador do direito: o princípio informa também o legislador, aliás primariamente o legislador, porque se o legislador elaborar uma norma desobedecendo a esse ditame, evidentemente que ele o fará através de um regramento inconstitucional.

A questão é que esses princípios não são programáticos. É preciso entender bem a Constituição e ter mais carinho com ela. Eu sempre ouço dizerem assim: a Constituição ainda não entrou em vigor, ela está dependendo de uma lei... E eu fico me perguntando: portaria dos bancos oficiais, ofícios do INSS, notas técnicas, tudo isso entra em vigor imediatamente, e a Constituição está esperando eu não sei o que ainda

para entra em vigor? Há sempre um artigo que está esperando para entrar em vigor. Eu só queria lembrar que Constituição é de 1988, e já sofreu mais de 50 emendas, então, ela está sendo burilada ainda sem vivência, o que é absolutamente impossível.

Sobre isso de ser norma programática, o que se há de entender é que, a questão da capacidade contributiva tem normatividade suficiente; o legislador, é claro, não define a capacidade contributiva, mas há coisas que não precisa definir. O que é razoabilidade? "É o que é razoável", um aluno respondeu, e ele está absolutamente certo: razoabilidade é o que é razoável. Mas como você chegou a esse conceito? Vejam que resposta inteligente do rapaz, que tinha todas as características de quem não estudava, mas que se estudasse iria bem. Ele disse assim: "Eu sei o que não é razoável." Isso é um conceito a contrario sensu! Esse aluno deve ter influenciado um jurista português, Afonso Quiroga, que afirmava: "o fato de eu não saber o que é uma coisa não significa que não saiba o que ela não é." Quer dizer, o Estado tem o poder de polícia, mas vai cercar uma praça com cerca elétrica, que vai matar as crianças que vão freqüentar aquela praça? Qualquer juiz do mundo sabe que isso não é razoável. O imposto de renda passa a ser 90% da renda e do capital do contribuinte – isso não é razoável. Na Argentina, 33% é um absurdo, porque ela está rodeada por um cinturão de pobreza; na Alemanha, vai até 50%, e nós temos as nossas próprias alíquotas, por óbvio.

Resumidamente, capacidade contributiva significa dizer exatamente isso, só que com as exceções legais, quer dizer, a capacidade contributiva evidentemente leva em consideração a disponibilidade econômica para alguns impostos, notadamente àqueles impostos pessoais, mas não se pode dizer que a capacidade contributiva é completamente avessa à aplicação dos denominados "impostos reais". Observem o seguinte: qual teria sido o critério que levou o legislador a estabelecer que um imóvel no subúrbio do Rio paga menos IPTU do que

um imóvel na Barra, senão um resíduo principiológico da capacidade contributiva? O que leva o legislador a imprimir o princípio da seletividade, imbricado com a essencialidade, senão a premissa fática, fenomênica, de que quem tem mais consome produtos não essenciais, e quem tem menos consome produtos essenciais. Mas não podemos esquecer a regra do grande jurista Joãozinho Trinta: tem pobre que gosta de luxo, e tem rico que é simples; então, se o pobre vai comer caviar, ele vai pagar o imposto correspondente.

Essa capacidade contributiva tem como seu fundamento, basicamente, o princípio da isonomia: as pessoas têm que pagar na medida de sua capacidade, e quem tem menos, paga menos, quem tem mais, paga mais, já que, remontando à justiça distributiva aristotélica, isonomia significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. E pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nós vamos verificar que é importante isso, que a capacidade contributiva é aplicada não só nos tributos de natureza pessoal – porque essa é uma interpretação sofismática, data máxima vênia, porque há critérios flagrantes de pagamentos sobre coisas que são completamente diferentes segundo a capacidade contributiva. Quem pode comprar um carro 2.0 vai pagar uma taxa maior do que quem pode comprar um carro 1.0; imóveis, exatamente a mesma coisa; produtos essenciais idem. Até porque a seletividade, a essencialidade, a pessoalidade, a progressividade, são subprincípios em todas as constituições, em todas as declarações fundamentais, do princípio da capacidade contributiva.

É assim na constituição italiana, é assim na constituição espanhola, que eu acredito sejam as nossas matrizes européias; era essa a idéia de Adam Smith, com seu liberalismo, e ele está certo: a capacidade contributiva é uma questão de justiça tributária. O STF e o STJ vão mais longe: aplicam-na não só nos impostos reais, pessoais, diretos ou indiretos, sabendo que vai haver lá um consumidor final, que vai adquirir já com o tributo inserido, mas já faz a diferença das alíquotas e

da base de cálculo, porque são os elementos quantitativos que dão ao legislador, digamos assim, a possibilidade de legislar à luz da capacidade contributiva. Até mesmo nas multas aplica-se a capacidade contributiva, porque, evidentemente, não se pode retirar aquele mínimo vital nem através dos tributos, nem através de uma multa. Nós já tivemos casos em que consideramos a multa confiscatória e tivemos casos que consideramos a multa exemplar. É claro que, em regra, o tributo é lícito, e ele então pode ter lá o toque da discricionariedade do legislador, sindicável pelo poder judiciário quando escapa a esses princípios: isonomia, dignidade, razoabilidade. E nós também temos a possibilidade de entendermos que a multa tem que ser aquela para ser exemplar, porque a sanção ela tem um escopo de exemplaridade.

Para finalizar – e com aquela preocupação que eu, na vida acadêmica, sempre tive com esse termo "para finalizar", porque eu tive professores que diziam "por fim" e aula não acabava nunca – eu diria aos senhores e às senhoras o seguinte: a capacidade contributiva é uma questão do alcance do justo e da justiça. E me perguntarão: Ministro, vossa excelência tem a pretensão de dizer o que é justiça? Não, eu não tenho essa pretensão, mas entendo que estamos reunidos hoje aqui em busca desse valor supremo, e a esse valor supremo que é o justo, a justiça, que é um verdadeiro sonho, várias mentes privilegiadas da humanidade se dedicaram, de Platão a Kant. No museu do Vaticano há um afresco sobre a justiça em que Platão aponta para o céu e Aristóteles para a terra - aquele, como se a justiça pertencesse ao mundo divino, e Aristóteles com seu racionalismo, diferentemente de Platão, apontando para a terra. Kelsen, que foi o maior jurista a estudar essa idéia, escreveu "O Império da Justiça", "A Luta pela Justiça", "O Sonho de Justiça", "A Ilusão da Justiça", e terminou a sua vida lavrando a sua melhor obra: "O que é a Justiça?" Dizia ele: o importante não é saber o conceito, mas não parar de perguntar, porque isso leva o progresso ao alcance desse justo. Os antigos tinham como objetivo alcançar as estrelas, e foi isso que levou

à evolução do mundo. E se assim não bastasse, o Senhor das Idéias e das Palavras morreu na cruz em nome desse valor do justo, em nome da vida e da esperança. Muito obrigado.